CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SIR GORDON SLYNN presentadas el 3 de junio de 1981 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El presente asunto ha sido sometido a este Tribunal mediante una petición de decisión prejudicial presentada por el Amtsgericht Rosenheim de la República Federal de Alemania.

De las observaciones escritas presentadas en nombre de Bayerische Vereinsbank AG (en lo sucesivo, «Banco») se desprende que, el 21 de mayo de 1979, el Sr. Züchner, demandante en el procedimiento ante el Amtsgericht, abrió una cuenta en la sucursal del Banco en Rosenheim en las condiciones ordinarias del mismo. El 17 de julio de 1979, el Sr. Züchner giró un cheque contra el Banco por importe de 10.000 DM. El beneficiario del cheque residía en Italia, y el Banco cobró al Sr. Züchner una comisión del 0,15 % del importe del cheque, el porcentaje cobrado habitualmente por el Banco por las transferencias al extranjero. Dicha comisión, de 15 DM, fue cargada a la cuenta del Sr. Züchner. Posteriormente, el Sr. Züchner ejercitó una acción judicial contra el Banco en la que exigía la devolución de los 15 DM alegando que el cobro de dicha comisión en transacciones entre Estados miembros es discriminatorio y vulnera las disposiciones del Tratado CEE, en particular los artículos 7, 67, 85 y 86. El Banco devolvió la cantidad de referencia, pero el Sr. Züchner prosiguió con su acción judicial con el fin de que se declarara que la comisión es contraria al Tratado.

El Amtsgericht sometió el asunto a este Tribunal para que se pronunciara con carácter prejudicial sobre la siguiente cuestión:

«En los pagos y movimientos de capitales intracomunitarios entre bancos, el cobro de una comisión de tramitación uniforme del 0,15 % de la suma transferida, ¿constituye una práctica concertada que puede afectar al comercio y, por tanto, infringe los artículos 85 y 86 del Tratado CEE?»

Aparentemente, el Amtsgericht excluyó de la cuestión prejudicial los artículos 7 y 67 sobre la base de que ninguno de ellos confiere derechos que puedan invocar los particulares. No obstante, en sus observaciones escritas, el Sr. Züchner solicitó al Tribunal que tuviera en cuenta el artículo 67, dedi-

* Lengua original: inglés.

cando una parte considerable de sus observaciones escritas a efectuar un examen de dicho artículo y de algunos otros (como los artículos 13 y 30). En mi opinión, no sería correcto considerar tales argumentos, puesto que el Amtsgericht limitó claramente su petición de decisión prejudicial a las normas sobre la competencia.

Con carácter preliminar, el Abogado del Banco alegó, sin citar jurisprudencia alguna, que los bancos están exentos en gran medida de las normas sobre la competencia. Los dos fundamentos que invocó en apoyo de dicha tesis son el apartado 2 del artículo 90 y los artículos 104 y siguientes del Tratado CEE.

Por lo que respecta al apartado 2 del artículo 90, aun en el caso de que pueda considerarse a los bancos como empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, este Tribunal señaló en el asunto BRT (127/73,↔ Rec. 1974, pp. 313 y ss., especialmente p. 318) que sólo pueden acogerse a esta disposición las empresas que hayan sido encargadas de desempeñar dichas funciones mediante un acto de los poderes públicos. Tal vez sea ése el caso cuando, como en el asunto Ministère public luxembourgeois (10/71,↔ Rec. 1971, p. 723), se constituye una empresa mediante ley, concediéndola determinados privilegios para la consecución de los objetivos para los que ha sido creada, o cuando un Estado miembro encarga a una empresa estrictamente privada gestionar dichos servicios. Ahora bien, en el presente caso, no se ha acreditado que el Banco hubiera sido encargado por los poderes públicos de gestionar ningún servicio de interés económico general, al margen del hecho de que el pago de cheques emitidos a la orden de un beneficiario extranjero o, de forma más general, la transferencia de fondos de sus clientes al extranjero, forman parte de la misión específica asignada por los poderes públicos al Banco. En consecuencia, a la vista de las pruebas aportadas hasta ahora en el presente asunto, considero que el Banco no puede invocar el apartado 2 del artículo 90. Por otra parte, aun cuando se acreditara dicho extremo, la aplicación de las normas sobre la competencia sólo se suspende en la medida en que impidan, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de dicha misión y en tanto el desarrollo de los intercambios no quede afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

A efectos del presente asunto, los artículos 104 y siguientes parecen limitarse a indicar que algunos aspectos de la actividad bancaria pueden ser de interés económico general. A mi juicio, no implican en modo alguno la exclusión del Banco de las normas establecidas en los artículos 85 y 86.

Para que exista una infracción del artículo 85, deben reunirse tres condiciones: i) debe existir un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada que ii) tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y que iii) puedan afectar al comercio entre los Estados miembros.

Por lo que respecta a la primera condición, la resolución de remisión únicamente hace referencia a una práctica concertada.

En el asunto ICI/Comisión (48/69,↔ Rec. 1972, pp. 619 y ss., especialmente p. 657), este Tribunal definió las prácticas concertadas como una forma de coordinación entre empresas que sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Para probar la existencia de un comportamiento prohibido, no basta simplemente que las empresas de que se trate hayan modificado la forma de ejercer su actividad teniendo en cuenta el comportamiento real o previsto de otros competidores, sino que debe existir «un contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto influir sobre el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial o hacer saber a un competidor el comportamiento que dichos operadores han decidido o tienen previsto seguir en el mercado» (Suiker Unie/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73,↔ Rec. 1975, pp. 1663 y ss., especialmente p. 1942).

El Sr. Züchner sostuvo que el cobro por diferentes bancos de comisiones de igual porcentaje demuestra la existencia de una práctica concertada. En el asunto ICI/Comisión, véase *supra,* se planteó una situación similar. En aquel caso, el Tribunal consideró (Rec. 1972, p. 658, considerandos 66 a 68) que la existencia de un comportamiento paralelo puede constituir una prueba concluyente de la existencia de una práctica concertada si da lugar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado. Esta circunstancia debe apreciarse a la luz del conjunto de las pruebas, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos, el tamaño y número de las empresas, el volumen y otras características específicas del mercado.

Tal como observó el Tribunal en el asunto Suiker Unie/Comisión, véase *supra,* ni siquiera el hecho de que una empresa alinee sus precios con el precio más elevado cobrado por un competidor constituye necesariamente una prueba de la existencia de una práctica concertada, ya que puede explicarse por su pretensión de obtener el máximo beneficio posible (Rec. 1975, p. 1963, considerando 285). Por el contrario, si existen pruebas de que las empresas de que se trate intercambiaron entre sí información sobre precios, cabrá concluir que participaron en una práctica concertada.

De los documentos obrantes en autos y de las declaraciones efectuadas en la vista se desprende que la comisión objeto de litigio en el presente asunto es una comisión uniforme cobrada por todos los pagos de más de 4.000 DM efectuados fuera de Alemania, introducida al parecer en los años cincuenta y que ha pasado a formar parte de las condiciones generales que rigen las relaciones del Banco con sus clientes. La comisión se aplica a un mismo tipo uniforme (0,15 %) a todas las transferencias de más de 4.000 DM, con independencia de cuál sea el país en el que resida el beneficiario, ya sea dentro o fuera de la Comunidad. La comisión no constituye el coste real de cada transferencia, sino que, al parecer, se la

considera como una contribución al coste total de realizar todas estas operaciones. En el caso de las transferencias inferiores a 4.000 DM, el Banco cobra únicamente una cantidad fija idéntica a la que se aplica a las transacciones internas.

El cobro de una comisión superior se justifica por la mayor complejidad de las transacciones con divisas, que no pueden compensarse a través de una organización central como sucede en el caso de las transferencias de fondos dentro de Alemania, que son compensadas a través del Deutsche Bundesbank. Puede ser necesario mantener créditos en divisas, establecer acuerdos con bancos extranjeros y emplear personal capacitado para operar en lenguas y monedas distintas de la suya.

El Banco niega la existencia en Alemania o en algún otro país de ningún acuerdo o práctica concertada entre bancos que tenga por objeto o efecto un resultado prohibido por el artículo 85. Para justificar la inexistencia de una práctica concertada, se aseguró que el Banco había adoptado la decisión de cobrar la comisión de manera independiente; no existe infracción *ipso facto* del artículo 85 ni siquiera aunque otros bancos cobren lo mismo. Al igual que cualquier otra empresa, un banco tiene derecho a obtener el máximo beneficio posible sin por ello vulnerar necesariamente el artículo 85.

Si estos fueran los únicos hechos invocados, cabría sostener que no existen pruebas suficientes de la existencia de una práctica concertada, pese a la referencia del Sr. Züchner a otros bancos. Pero éstos no son los únicos hechos. De las respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal se desprende que, en Alemania, otros bancos cobran una comisión similar a la comisión controvertida en el presente asunto, aunque no todos adopten la cantidad de 4.000 DM como límite mínimo para la aplicación de la misma y existan diferentes prácticas por lo que respecta a las cantidades inferiores. Asimismo, se admite que el hecho de que el Banco y otros bancos cobren dicha comisión es algo que todos ellos conocen o pueden fácilmente conocer.

Esos elementos, por sí solos, tal vez no basten para probar la existencia de una práctica concertada, pero, desde luego, ponen de manifiesto la existencia de una cuestión que debe ser examinada por el órgano jurisdiccional nacional.

El hecho de que la comisión sea la retribución del Banco por los servicios que presta a sus clientes no constituye una respuesta aceptable si su cobro o su nivel son resultado de una práctica prohibida por las normas sobre la competencia. Puede ser que, en condiciones de competencia normales, no se cobrara la comisión o se cobrara una comisión inferior, de modo que las eventuales pérdidas derivadas de esa área de actividad del Banco fueran compensadas con los beneficios obtenidos en otros sectores. No es imposible que el Banco estuviera dispuesto a perder dinero con dichas transferencias para conservar sus clientes.

En caso de probarse una práctica concertada de este tipo en la fijación del nivel de las comisiones cobradas por las transferencias de dinero, la misma cumpliría, en mi opinión, la segunda condición anteriormente mencionada, a saber, la de tener por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Aunque el objeto de la práctica concertada no fuera impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, no cabe duda de que podría tener dicho efecto (en la medida en que se tratara de un efecto significativo o sustancial) al desvincular el precio cobrado por los servicios ofrecidos de los factores estrictamente económicos y, por consiguiente, contribuir a desincentivar una prestación más eficiente de tales servicios. Una vez más, se trata de una cuestión que debe ser examinada por el órgano jurisdiccional nacional.

Para dilucidar esta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional debe examinar el contexto económico de dicha práctica en su conjunto y, en particular, determinar el número de bancos que participan en la misma y cuántas transferencias realizan (véase, por ejemplo, el asunto Brasserie de Haecht, 23/67,↔ Rec. 1967, p. 525). La importancia económica de la práctica concertada puede evaluarse comparando el número de dichas transferencias con el de las transferencias efectuadas por los competidores de los bancos involucrados en la práctica concertada. Si la magnitud de aquéllas se acerca más, por ejemplo, a la de las actividades de que se trataba en el asunto Miller/Comisión (19/77,↔ Rec. 1978, p. 131), esto es, del orden del 5 % del total, que a la de las actividades de que se trataba en casos como el asunto Société Technique Minière (56/65,↔ Rec. 1966, p. 337) y el asunto Völk (5/69, Rec. 1969, p. 295), inferior al 1 % del total, el órgano jurisdiccional nacional tendrá motivos para considerar que se trata de una restricción de la competencia significativa. A estos efectos, el órgano jurisdiccional nacional puede tomar en cuenta también el volumen de las transferencias efectuadas por los bancos que participan en la práctica concertada.

Por lo que respecta a la tercera condición, la incidencia sobre el comercio entre los Estados miembros, el órgano jurisdiccional nacional debe resolver, una vez examinados todos los hechos, si existe un mercado de servicios bancarios que abarque más de un Estado miembro y si la práctica concertada puede afectar a la oferta y la demanda de dichos servicios entre los Estados miembros de que se trate. No obstante, dado que la incidencia sobre el comercio entre los Estados miembros puede ser sólo indirecta (véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. 1966, pp. 429 y ss., especialmente p. 495), es suficiente que el órgano jurisdiccional nacional declare probado que el cobro de la comisión sobre las transferencias al extranjero puede afectar de algún otro modo al comercio entre los Estados miembros, por ejemplo, haciendo más onerosas las compras en el extranjero.

El tenor del apartado 2 del artículo 85 no establece expresamente que las prácticas concertadas son nulas de pleno derecho porque, *ex hipothesi,* este tipo de prácticas restrictivas condenadas por el Tratado no originan una obligación jurídica vinculante para las partes que en ellas participan. No obstante, en el apartado 1 del artículo 85 se dispone de manera inequívoca que este tipo de prácticas están prohibidas por ser incompatibles con el mercado común, y el órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar dicho mandato. El efecto de la prohibición de una práctica concertada en la que haya participado el Banco (caso de declararse probada) sobre la obligación del Sr. Züchner de pagar al Banco la comisión objeto de litigio deberá determinarse con arreglo al Derecho alemán.

Una práctica concertada, pese a carecer del carácter consensual de un acuerdo o de una decisión, presupone una serie de actos independientes que, en conjunto, sustituyen la competencia por la cooperación. En cambio, uno de los elementos característicos de una posición dominante contemplada en el artículo 86 es su carácter unilateral. En consecuencia, si bien la cuestión planteada al Tribunal por el Amtsgericht menciona tanto el artículo 85 como el artículo 86, procede señalar que, en el caso de que los hechos acrediten la existencia de una práctica concertada, sólo el primero es aplicable. No obstante, puede ser que, al apreciar los hechos, el Amtsgericht desee examinar también si hay pruebas que demuestren la existencia de un abuso de posición dominante en lugar de una práctica concertada.

Pasando, pues, al artículo 86, dicha disposición es aplicable siempre que se cumplan tres condiciones: i) que exista una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, ii) una explotación abusiva de dicha posición por parte de una o más empresas y iii) que afecte al comercio entre los Estados miembros.

El Tribunal definió la posición dominante en el asunto United Brands/Comisión (27/76,↔ Rec. 1978, pp. 207 y ss., especialmente p. 281) y en el asunto Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76,↔ Rec. 1979, pp. 461 y ss., especialmente p. 520).

Para determinar si existe o no una posición dominante, es necesario analizar la estructura del mercado. Son varios los factores relevantes, de los cuales uno de los más importantes (aunque no determinante) es la cuota de mercado de la empresa de que se trate. Otros factores relevantes son la organización de la empresa, los conocimientos técnicos especializados necesarios y los recursos financieros de que dispone. Lógicamente, para poder situar todos estos factores en su adecuado contexto económico, el órgano jurisdiccional nacional debe definir el alcance geográfico del mercado y los servicios que comprende. A modo de ejemplo, el órgano jurisdiccional nacional debe determinar si el mercado comprende la totalidad de los servicios bancarios o únicamente las transferencias de dinero al extranjero, y si abarca el conjunto de la Comunidad o únicamente Alemania.

Si se llega a la conclusión de que el Banco ocupa efectivamente una posición dominante, el órgano jurisdiccional nacional debe resolver si ha existido una explotación abusiva de la misma, tal como se definió en el asunto Hoffmann-La Roche (Rec. 1979, p. 541). En consecuencia, si el órgano jurisdiccional nacional declara que el Banco, aprovechando una posición dominante, ha utilizado 1) métodos distintos a los empleados en una situación de competencia normal que 2) tengan por efecto restringir en mayor medida el nivel de competencia en el mercado, tendrá motivos para declarar que se cumple la segunda condición. Evidentemente, también deberá apreciar si se ha visto afectado el comercio entre los Estados miembros.

En conclusión, estimo que, por todos los motivos expuestos, la cuestión planteada por el Amtsgericht al Tribunal de Justicia debe responderse en el sentido de que, dependiendo de los hechos y de todas las circunstancias concurrentes, el cobro de una comisión de tramitación uniforme por las transferencias de capitales y otros pagos entre bancos dentro del mercado común puede constituir una práctica concertada contraria al artículo 85 del Tratado CEE.